Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

nungen finden sich übrigens in der zu Darmstadt erschienenen Anwaltszeitung, 5. Jahrg. 1848. S. 170 ff. 186 ff., im Gerichtssaal 3. Jahrg. Aprilheft S. 324 und in einer im Jahr 1846 in München bei Franz erschienenen Schrift: Beiträge und Bemerkungen zu einer Advokatentaxordnung.

Zuletzt gibt Herr Dr. Höpfner noch die Grundzüge des oben schon von uns referirten hannoverschen Gesetzes, die Einrichtung von Anwaltkammern betreffend.

Wir schließen diese Abhandlung mit dem innigen, frommen Wunsche, es möchten sich die Regierungen Deutschlands die Reform des Advokatenwesens recht angelegen sein lassen und den guten Geist, der sich unverkennbar bei der bei weitem größten Mehrheit der Rechtsanwälte zeigt, durch eine zweckmäßige, von Vertrauen zu den Anwälten ausgehende Gesetzgebung noch heben und unterstützen! —

XIV.

Ueber die Theilung unter wenigen von mehreren Kommunions-Interessenten.

Von

Herrn Dr. **Zimmermann**,
früher Kurf. Hess. Obergerichtsrath, jetzt Privatdocent zu Marburg.

(Schluß des Aufsatzes Nr. IX. im vorigen Heft.)

Ist es nur Eine Klage, mittelst deren unter allen Communions-Interessenten, es seien deren so viele sie wollen, die Theilung bewirkt wird, so entsteht allerdings der Zweifel, ob diese Klage auch zum Zwecke einer unter wenigen zu bewirkenden Theilung, also einer nur unvollkommnen Aufhebung der Gemeinschaft, angestellt werden kann?

Es fragt sich hier vor allen Dingen, ob die dem Theilungsrichter zugewiesenen Funktionen überhaupt der Art sind, daß durch deren Ausübung dieser beschränktere Zweck erreicht

werden kann. Wenn, wie wir früher gesehen haben, durch Theilung unter wenigeren niemals die hinsichtlich der Sache bestehende Gemeinschaft vollständig gelöst werden kann, so kann auch durch die Adjudikation in einem gerichtlichen Verfahren unter wenigeren niemals Alleineigenthum geschaffen, es können vielmehr nur die idealen Antheile derjenigen, die am Verfahren Theil nehmen, in Einer Hand vereinigt werden. Dieß aber scheint mit der Natur der Adjudikation im Widerspruche zu stehen, deren Bestimmung es ja gerade sein soll, an die Stelle eines ideell getheilten Eigenthums Alleineigenthum zu setzen.[1])

So wenig sich jedoch im Allgemeinen diese Bestimmung der Adjudikation läugnen läßt, so ist damit doch nicht gesagt, daß eine solche nur da Statt finde, wo jener Zweck vollständig erreicht werden kann. Unsere Gesetze ergeben vielmehr das Gegentheil, indem sie zulassen, daß ein ideeller Eigenthumsantheil (wenn z. B. nur ein solcher zwischen den theilenden Erben gemeinschaftlich ist),[2]) Einem, oder auch daß die ganze Sache Mehreren adjudizirt wird.[3]) In diesen Fällen wird durch die Adjudikation nicht Alleineigenthum, sondern nur ein neues Miteigenthum begründet. Es ist daher nicht abzusehen, warum von der Adjudikation[4]) nicht auch in der Weise sollte Gebrauch gemacht werden können, daß dadurch die Antheile nicht Aller, sondern nur einiger der Genossen auf Einen Herrn übertragen werden.

---

1) Ulpian, l. c. — §. 20. I. d. act. — §. 4, 5, 7. I. d. off. jud.

2) L. 25. §. 6. D. fam. erc. Glück, a. a. O. S. 53.

3) L. 4. §. 5. D. fin. reg. — L. 22. §. 1. D. fam. erc.

4) Adjudikation ist nichts Anderes, als eine derivative Erwerbsart, mittelst deren der ideale Antheil des einen Miteigenthümers durch den Richter auf den anderen übertragen wird. L. 6. §. 8. L. 7. §. 13. D. com. div. „si — debitor ejus, cui res fuit adjudicata, velit partem suam praedii recuperare — — non esse audiendum nisi et eam partem paratus sit reparare, quam creditor per adjudicationem emit.“ cf. L. 17. D. d. usurp. (41. 3.) L. 1. C. com. utr. jud. (3. 38.) Pothier traité du contrat de vente §. 630.

Hiernach iſt weder in der beſchränkten Dispoſitionsbefugniß der Parteien, noch in der beſonderen Aufgabe des Richters ein Grund zu finden, weßhalb man ein judicium divisorium inter pauciores für unzuläſſig zu halten hätte. Auf der anderen Seite aber liegt ein dringender Grund für die Annahme vor, daß die Anordnung eines ſolchen Judiziums möglich geweſen ſein müſſe.

Ein römiſcher Magiſtratus konnte nur für diejenigen Perſonen einen judex beſtellen, die ſeiner Competenz unterworfen waren,[5]) oder ſich derſelben freiwillig unterwarfen,[6]) welcher letztere Fall namentlich bei dem Kläger, der ſich an ihn wandte, immer eintrat). Für die Theilungsklagen beſtanden nur die ordentlichen fora des Domizils und der Abſtammung. Ein forum rei sitae gab es zur Zeit, von der wir hier reden, überhaupt noch nicht.[7]) Vor dasſelbe würden auch, nach richtiger Anſicht, die Theilungsklagen als perſönliche Klagen nicht gehört haben.[8]) Das forum contractus ſetzt, wenn auch nicht gerade einen Vertrag, doch eine ſolche Obligation voraus, bei der eine ſtillſchweigende Prorogation von Seiten des Schuldners ſich denken läßt, d. i. die Entſtehung der Verbindlichkeit von

---

5) L. 53. D. d. re jud. (42. 1.) „Contumaces non videntur, nisi qui, quum obedire deberent, non obsequuntur; id est, qui ad jurisdictionem ejus, cui negant obsequi, pertinent. L. 4. C. si a non comp. jud. (7. 48.) Bethmann-Hollweg, Verſuche, S. 10.

6) L. 1. D. d. jud. (5. 1.) „Si se subjiciant aliqui jurisdictioni et consentiant, inter consentientes cujusvis judicis, qui tribunali praeest, vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio."

7) Fragm. Vat. §. 326. — „Actor rei forum, sive in rem, sive in personam sit actio, sequitur. Unde perspicis, non ejusdem provinciae praesidem adeundum, ubi res, de quibus agitur, sitae sunt, sed in qua is, qui possidet, sedes ac domicilium habet." — Bethmann-Hollweg, Verſuche, S. 54.

8) A. M. Bethmann-Hollweg, a. a. O. S. 69. Nr. 3. S. jedoch Heiſe und Cropp, Jur. Abh., I. Abh., 9. Bayer, Vorträge S. 120, 121.

dieſem gewollt wird.[9]) Wo — wie bei der communio incidens — die obligatio ex re nascitur,[10]) iſt jenes forum nicht gegeben. Daß bloß der Connexität wegen jemand gegen ſeinen Willen vor ein forum gezogen werden konnte, welches ſonſt nicht für ihn competent war, ging nach römiſchem Rechte nicht an;[11]) und die Devolution der Sache an das gemeinſchaftliche höhere forum der, verſchiedenen Untergerichten unterworfenen, Verklagten war nach älterer römiſcher Gerichtsverfaſſung unmöglich, und auch dem juſtinianiſchen Rechte noch nicht bekannt.[12]) — Waren alſo die mehreren Perſonen, mit denen getheilt werden ſollte, nicht Einem Magiſtrate unterworfen, ſo war eine richterliche Theilung unter allen nur durch freiwillige Unterwerfung eines oder mehrerer derſelben unter ein, an ſich nicht competentes, forum möglich. In deren Ermangelung blieb — wenn anders der Cardinalſatz unſerer Lehre: „in communione nemo compellitur invitus detineri“[13]) zur Ausführung gebracht werden ſollte — nichts übrig, als, einen Theilungsrichter jedesmals unter denen, die dem angegangenen Magiſtrate unterworfen waren, zu beſtellen. Auf dieſe Art konnte die Communion, wenn auch vielleicht nur ſucceſſiv, gänzlich gelöſt werden.[14])

---

9) Bethmann-Hollweg, a. a. O. S. 27.

10) Daſelbſt p. 29.

11) Daß L. 11. §. 2. D. d. jurisd. (2. 1.) „Si una actio communis sit plurium personarum, vel fam. erc., comm. div., fin. reg.: utrum singulae partes spectandae sunt circa jurisdictionem ejus, qui cognoscit? — quod Ofilio et Proculo placet, quia unusquisque de parte sua litigat —; an potius tota res? quia et tota res in judicium venit, et vel uni adjudicari potest. Quod et Cassio et Pegaso placet; et sane eorum sententia probabilis est“. — dem obigen Satze nicht entgegenſteht, hat vollſtändig bewieſen Joh. Aug. Bach, de caus. conjunct. earumque foro competente — in Opusc. VII. §. 5. p. 274.—1721. Zimmern, a. a. O. §. 28. S. 75. a. E.

12) Hefftter, Syſtem des Civilproſſes, §. 163. II. III.

13) Vergl. §. 1. Note u.

14) Bach, a. a. O. S. 268 f. — Zimmern, a. a. O. §. 11. S. 31. Note 4.

A erbat ſich zunächſt einen judex zur Theilung zwiſchen ihm und B bei dem über den letzteren zuſtändigen Magiſtrate; und wenn die von dieſem judex zu bewirkende Auseinanderſetzung nicht — wie es allerdings geſchehen konnte (ſ. §. 4.) — ſein gänzliches Ausſcheiden aus der Gemeinſchaft, auch mit C, zur Folge hatte, ſo verlangte er bei dem über dieſen zuſtändigen Magiſtrate abermals einen judex zur Trennung der mit C noch beſtehenden Gemeinſchaft.[15])

§. 6. Sehen wir uns nun nach den direkten Ausſprüchen der Quellen über die Zuläſſigkeit der einzelnen Theilungsklagen unter wenigen von mehreren Communionsintereſſenten um.

1) In Betreff der actio communi dividundo heißt es in L. 8. pr. h. t.:

„Et si non omnes, quibus res communis est, sed certi ex his dividere desiderent, hoc judicium inter eos accipi potest.“

Mit den Worten „inter eos“ können möglicherweiſe entweder die „omnes“ oder die „certi ex his“ gemeint ſein. Wäre erſteres, ſo enthielte die Stelle Nichts als den Ausſpruch, daß auch auf das Verlangen nur Einiger der Theilhaber ein judex communi dividundo zur Vollziehung der Theilung unter Allen zu beſtellen ſei (wobei es ſich freilich von ſelbſt verſteht, daß diejenigen, welche

15) Ein anderer Fall, der zur Zulaſſung eines judicium divisorium inter pauciores Veranlaſſung geben mußte, war vielleicht der, wenn Einer der Genoſſen zwar demſelben Magiſtrat wie die anderen, unterworfen, aber abweſend war, oder die Uebernahme des Judizums, des gegen ihn vom Prätor angewandten Zwanges ungeachtet, verweigerte — überhaupt wenn er indefensus war (Bethmann-Hollweg, Handb. a. a. O. §. 26). Der Satz „indefensus pro damnato est“ und die darauf hin zuläſſige Exekution (früher nur Perſonalexekution, ſpäter missio in bona) konnte in unſerem Falle, wo es ſich nicht um Beitreibung einer Geldſumme, ſondern zunächſt um Adjudikation der gemeinſchaftlichen Sachen handelte, nicht oder höchſtens vielleicht auf dem weiten Umwege zum Ziele führen, daß gegen den bonorum emtor der Theilungsanſpruch geltend gemacht werden mußte.

nicht theilen wollen, die Gemeinschaft unter sich beibehalten können.[16]) — Allein es erscheint als das Richtigere, unter den „eos“ die „certi ex his“ zu verstehen. Das pronomen „eos“ muß, nach Sprachregeln, auf das zunächst vorhergehende Subjekt zurückbezogen werden. Nun finden wir freilich zuletzt das Wort „his“, unter dem die „omnes“ verstanden sind. Dies Wort hat jedoch an der Stelle, wo es steht, keine selbstständige Bedeutung, es dient vielmehr nur zur Ergänzung des „certi.“ „Certi ex his“ ist Ein Begriff, steht für Ein Wort, und auf das hierdurch bezeichnete Subjekt muß daher, als das zuletzt erwähnte, das „inter eos“ bezogen werden. Für dieses Verständniß sprechen auch sonstige Gründe der Auslegung. Sollte nämlich nur das gesagt werden, daß diejenigen, die theilen wollen, die Nichtwollenden zur Theilung zwingen können, so war gar kein Grund da, von „certi ex his“ (einer Mehrzahl von Theilen-Wollenden) zu reden. Es lag viel näher, den Satz so auszudrücken, wie es an einer andern Stelle[17]) geschieht: daß auch Einer, ceteris invitis, die Anordnung des judicium fordern könne. Wenn dagegen hervorgehoben wird, daß non omnes sed certi ex his dividere desiderant, so weist dieß darauf hin, daß es sich eben nur um Theilung unter denjenigen, die es wünschen, handele. Bei dieser Auslegung, die ich für die allein richtige halten kann, besagt unsere Stelle mit aller Bestimmtheit, daß ein judex communi dividundo bestellt werden kann, um die Theilung unter wenigeren Genossen, unter denen allein das judicium aufgenommen wird, zu vollziehen.[18])

---

16) Dieß findet Glück a. a. O. S. 162. in unserer Stelle ausgedrückt. Auch Vultejus, l. c. S. 735. Nr. 19. Bucher, a. a. O. §. 148. Nr. 1. und Sintenis, das prakt. gem. Civilrecht, II. §. 122. S. 724. Nr. 14. scheinen die obige Auslegung zu machen.

17) L. 43. D. fam. erc.

18) So wird die Stelle verstanden von Cujacius: Comm. in Tit. Dig. ad leg. cit. in Oper. omn. (ed. Mut.) T. VII. p. 576. „Initio legis 8. hoc ostenditur, inter pauciores ex pluribus sociis dari posse

2) Viel zweifelhafter ſtellt ſich unſere Frage in Beziehung auf das judicium familiae erciscundae. Derſelbe Paulus, von dem die eben erörterte Stelle herrührt, der alſo über die Statthaftigkeit des judicium comm. div. inter paucos keinen Zweifel hegt, ſcheint die Statthaftigkeit der familiae erciscundae actio für dieſen Fall zu läugnen, wenn er ſagt:[19])

„Judex familiae erciscundae nec inter paucos coheredes sed inter omnes dandus est; alioquin inutiliter datur.“

Für ein ſolches Läugnen würde es auch an gewichtigeren Gründen nicht fehlen.

Wenn (wie wir in §. 4. geſehen haben) die zwiſchen zwei Miterben vorgenommene Erbſchaftstheilung den dritten Miterben nicht hindert, die Theilung der ganzen Erbſchaft, ſoweit ſie in den Händen der beiden erſtgenannten ſich noch findet, mittelſt Eines judicium familiae erciscundae zu bewirken, ſo wird eben hierdurch die zwiſchen jenen beiden vorgenommene Theilung ihrer Wirkungen ſo ziemlich wieder beraubt werden. Der Dritte würde z. B. verlangen können, daß bei der neuen Theilung die Sachen nach dem Werthe, den ſie als Ganzes haben, nicht nach

actionem cummuni dividundo. Ita scilicet, ut communio solvatur inter eos, maneat cum caeteris. -- — — „Si ex tribus sociis duo possint inter se agere comm. div. et non agere cum tertio, uti in hac lege 8. ait; cur etiam duo non poterint non inter se agere comm. div. et agere cum tertio?“ — A. Faber, Rat. ad Pand. ad leg. cit. S. 1015. Brunnemann, Comm. in Pand. ad leg. cit. 483. — Die obige Auslegung findet eine gewichtige Unterſtützung in den Baſiliken lib. XII. Tit. II. 8., wo unſer Geſetz folgendermaßen wiedergegeben wird: „Εἰ καὶ μὴ πάντες οἱ κοινώνοι ἀλλὰ τίνες θέλουσι διελέσθαι, κινεῖται μεταξὺ αὐτῶν το περὶ διαιρέσεως ἐπικόινων δικαστήριον“, und dem scholium hierzu: „Εἰ καὶ μὴ πάντες οἱ κόινώνοι βούλονται διελέσθαι τὸ ἐπικοίνον, ἀλλὰ τίνες ἐξ αὐτῶν, δύνανται καὶ παρὰ γνώμην τῶν ἀλλῶν βουλόμενοι συγκροτεῖν μετὰ ἀλλήλων τοῦτὸ το δικαστήριον.“ (In der Heimbach'ſchen Ueberſetzung: „Etsi non omnes socii rem communem dividere velint, sed quidam ex his, etiam invitis reliquis inter se hoc judicium accipere possunt.“)

19) Rec. sent. I. 19. §. 5.

dem Werthe der zwischen den beiden andern bestimmten Antheile angeschlagen würden;[20]) es könnten auch solche Sachen, die bei der früheren Theilung, zu den Antheilen der beiden Theilenden, dem A adjudicirt worden, nunmehr dem B zugeschlagen werden, (was dadurch möglich wird, daß die Antheile des A zunächst auf C und von diesem die ganze Sache auf B übergeht) u. s. w. — Es wird also durch die neue Theilung, die der übergangene Miterbe hervorruft, die verbindende Kraft der früheren auch zwischen den Theilenden selbst in Frage gestellt.

Hierzu kommt noch die eigenthümliche Natur der actio familiae erciscundae hinzu. Diese soll die ganze Erbschaft umfassen[21]) und nur ein Mal angestellt werden.[22]) Eine Erbtheilung inter pauciores coheredes aber umfaßt nicht die ganze Erbschaft, insoferne der ideelle Antheil des dritten Miterben davon ausgeschlossen bleibt, und verhindert nicht, daß dieser mittelst der Erbtheilungsklage eine nochmalige Theilung verlangen kann. Es scheint also zum Zwecke der Theilung unter wenigern keinenfalls diese Klage gestattet werden zu können.

Der angeführte Ausspruch des Paulus ist indeß in die Justinianische Sammlung nicht aufgenommen worden, und ebensowenig enthält diese eine andere Stelle, worin die Unstatthaftigkeit unseres judicium inter pauciores kund gegeben wäre. Insbesondere hat man[23]) mit Unrecht in

---

20) L. 52. §. 3. D. fam. erc. „— universae res aestimari debent, non singularum rerum partes.“ — Donelli, Comm. jur. civ. lib. IX. cap. 11.

21) Paul. rec. sent. I. Tit. 19. §. 2. „De omnibus rebus hereditariis judex cognoscere debet, celebrata divisione, ut semel de omnibus pronuntiat. — L. 25. §. 20. D. fam. erc. „Judex fam. erc. nihil debet indivisum relinquere.“

22) Paul, l. c. §. 1. „Arbiter fam. erc. plus quam semel dari non potest.“ — L. 20. §. 4. D. h. t. „Fam. erc. judicium amplius quam semel agi non potest, nisi causa cognita.“

23) Wening Ingenheim, Lehrb. §. 516. Note (g). — Vergl. Glück a. a. O. S. 69.

L. 27. D. h. t.[24]) dieß finden wollen; denn man mag dieſe Stelle mit Cujacius[25]) und ſeinen Nachfolgern[26]) nur von den personales praestationes, oder mit Glück[27]) und Anderen[28]) in einem weiteren Sinne verſtehen, immer iſt darin nur geſagt, daß das richterliche Urtheil alle diejenigen Perſonen umfaſſen müſſe, die am judicium Theil genommen, während darüber, zwiſchen welchen Perſonen dieſes letztere Statt finden müſſe, Nichts geſagt iſt. Ebenſowenig iſt jener Ausſpruch in L. 48. h. t.[29]) zu finden, denn auch hier iſt nur von dem begonnenen judicium geſagt, daß es in partes scindi non potest, ohne daß das Geſetz ſich darüber verbreitet, zwiſchen welchen Perſonen daſſelbe beginnen müſſe.

Daß der judex — wie aus dieſen beiden Stellen allerdings hervorgeht — die Theilung nicht unter wenigeren Perſonen vollziehen dürfte, als unter denen er beſtellt war, hat ſeinen natürlichen Grund darin, daß er auf jene Art ein ganz anderes Geſchäft zu Stande gebracht haben würde, als dasjenige, zu deſſen Vornahme er gegeben war. Es läßt ſich aber daraus nicht folgern, daß er nicht alsbald zum Zwecke der unter wenigeren zu vollziehenden Theilung habe beſtellt werden können.

Dagegen enthält unſer geltendes Recht in L. 2. §. 4. D. fam. erc. den Ausſpruch Ulpian's:

„Dubitandum autem non est, quin familiae erciscundae judicium et inter pauciores heredes ex pluribus accipi possit.“

Der Wunſch, dieſe Geſetzesſtelle mit der erwähnten Aeußerung des Paulus und den hervorgehobenen Eigenthümlichkeiten der Erbtheilung zu vereinigen, hat verſchiedene Auslegungen derſelben veranlaßt.

---

24) S. §. 5. S. 223. Note 5.
25) Observ. lib. XXIII. cap. 1.
26) Vinnius, l. c. u. A. (Glück a. a. O. S. 70. Nr. 80.)
27) A. a. O. S. 71.
28) Brunnemann, l. c. S. 472. u. A. (Glück a. a. O.)
29) S. §. 5. a. a. O. Note 3.

Man hat zunächst darin nur das ausgesprochen finden wollen: es sei möglich, daß mittelst des judicium familiae erciscundae nur Einer oder Einige der Miterben aus der Gemeinschaft austräten, in der die übrigen verblieben.[30]) Dieß kann ohne Zweifel geschehen. Allein geschieht es dadurch, daß Alle an dem judicium Theil nehmen, so wird dieses nicht inter pauciores aufgenommen; die Stelle paßt also auf diesen Fall nicht. Geschieht es dagegen durch einen nur unter Wenigeren vorgenommenen Akt — was allerdings mittelst einer Civiltheilung möglich ist (§. 4.) — so ist eben hiermit die Zulässigkeit der gerichtlichen Theilung inter pauciores anerkannt.

Eine zweite Ansicht geht dahin, daß Ulpian nicht eine Regel aufstelle, sondern an Ausnahmsfälle denke, in denen — unbeschadet der entgegengesetzten Regel — das judicium inter pauciores statthaft sei. Als solche Fälle sind namhaft gemacht worden:

1) ein Verfahren, was nicht Theilung, sondern nur personales praestationes zum Gegenstande habe;[31])

2) eine Theilung, die im Falle der Abwesenheit Eines der Miterben sine praejudicio absentis erfolge;[32])

3) die Theilung, welche unter mehreren unbedingt eingesetzten Erben, neben denen andere unter einer Bedingung berufen sind, vor Eintritt dieser Bedingung Statt finde.[33])

30) A. Faber, Rat. ad. Pand. ad h. leg. p. 964. — Schulting, Jurispr. Antejust. ad Paul. rec. sent. I. 19. §. 5. pag. 258.

31) Accursius, in der Glosse zu dieser Stelle: „— et hoc forte propter damna et expensas vel alias personales praestationes, quas ab unoquoque pro parte peti et exigi necesse est; non quantum ad rei divisionem; nam tunc non nisi inter omnes.“ Brunnemann, l. c. p. 462.

32) Accurs., l. c. „— Vel dic etiam ad divisionem, sed in praejudicium praesentium tantum.“ — Brunnemann, l. c.

33) Glück, Comm. XI. S. 23. — Anmerkung zu L. 2. §. 4. D. fam. erc. in „das Corp. jur. civ. ins Deutsche übersetzt“ — herausgegeben von Otto u. A. Leipzig 1830.

In dem Falle unter 2) wird die Möglichkeit einer gerichtlichen Theilung unter Wenigeren anerkannt. Es fragt ſich nur um die Bedingungen der Zulaſſung derſelben, auf die ich ſpäter kommen werde.

Anders dagegen in den Fällen unter 1) und 3). In dem erſteren handelt es ſich gar nicht um Theilung; in dem zweiten nur um eine ſolche, die unter allen zur Zeit Berechtigten geſchieht. Denn der bedingt eingeſetzte Erbe kann vor Eintritt der Bedingung die Erbſchaft nicht antreten,[34]) iſt alſo bis dahin noch gar nicht Theilhaber an der Gemeinſchaft. Durch Zulaſſung des judicium in dieſen beiden Fällen würde alſo in der That dem Satze, daß die gerichtliche Erbtheilung unter allen Conſorten erfolgen müſſe, kein Eintrag geſchehen.

Betrachten wir die Sache jedoch näher, ſo ſehen wir, daß Ulpian bei ſeinem Ausſpruche an dieſe beiden Fälle nicht wohl gedacht haben kann.

Wenn nämlich — ſo viel zunächſt die Annahme unter 1) anlangt — es auch nicht richtig ſein ſollte, daß die aus einer Eigenthumsgemeinſchaft entſtandenen perſönlichen Anſprüche nur inſoferne Gegenſtand einer Klage werden können, als zugleich Theilung verlangt wird,[35]) (womit die Möglichkeit eines Verfahrens, wie es unter 1) gedacht wird, hinwegfallen würde), ſo weiſt doch der Zuſammenhang, in dem unſere Stelle ſteht, auf den Gedanken an eine ſolche Klage nicht entfernt hin, die lediglich die personales praestationes zum Gegenſtande hätte. Im Eingange, §. 1. u. 2. der lex ſetzt Ulpian auseinander, welche universitates juris der Erbtheilungsklage unterliegen; in §. 3.

34) L. 13. pr. D. d. acquir. vel omitt. her. (29. 2.) — Vergl. L. 7. D. fam. erc.

35) Dieß iſt die Anſicht von Unterholzner, Schuldverhältniſſe II. S. 394. Nr. 1. — S. jedoch dagegen: L. 14. §. 1. D. comm. div. — Seuffert, a. a. O. II. §. 357. Nr. 8. 9. S. 223. — Göſchen, Vorleſungen §. 640. — Sintenis, a. a. O. II. §. 122. Nr. 23. S. 726.

ſpricht er von der Gleichheit der Parteienrechte im deshalbigen Verfahren (welche Gleichheit, wie wir §. 1. geſehen haben, im vollen Sinne nur inſoweit eintritt, als es ſich um die Theilung handelt); in §. 5. kommt er auf die nomina, die der Theilung nicht unterliegen; wie ſoll man glauben, daß er in §. 4. auf die praestationes personales abgeſprungen wäre, von denen er doch ſo wenig hier als vor oder nachher mit einem Worte Erwähnung thut?

Was ſodann die Annahme unter 2) betrifft, ſo will der Juriſt, wie die Worte „et inter pauciores e pluribus coheredibus“ ergeben, die Frage beantworten, ob das judicium auch da unter Wenigeren zuläſſig ſei, wo es unter Allen Statt finden kann; er kann alſo nicht an einen Fall gedacht haben, wo diejenigen, die theilen wollen, auch die einzigen ſind, die theilen können.

Wäre die Grundanſicht richtig, daß Ulpian nur die ausnahmsweiſe eintretende Möglichkeit eines unter wenigeren Miterben aufzunehmenden Judiziums habe ausdrücken wollen, ſo würde ich für wahrſcheinlicher halten, er habe daran gedacht, daß auch dann, wenn die zu löſende Gemeinſchaft nicht unter ſämmtlichen Miterben, ſondern nur unter einzelnen derſelben beſtehe — z. B. wenn nur Einzelnen durch das Teſtament ungetheilte Sachen zugewieſen ſind, oder wenn ein dritter Miterbe bereits abgefunden iſt — das judicium familiae erciscundae Platz greife.

Allein jene Grundanſicht ſcheint mir nicht gerechtfertigt werden zu können. „Judicium accipere“ bezeichnet nicht eine Handlung des Magiſtrats oder judex — etwa Zulaſſung der Klage im heutigen Sinne des Wortes — ſondern eine Thätigkeit der Parteien, insbeſondere des Verklagten, mittelſt deren das Verfahren in jure geſchloſſen wird. [36]) Dem „Können“ — dem Rechte — der Parteien ſteht ein „Müſſen“ — eine Pflicht — des Magiſtrats gegenüber. Wenn daher der Juriſt ſagt: die

36) Keller, Litisconteſt. S. 67. — Puchta, a. a. O. §. 172. S. 188.

wenigeren von mehreren Miterben können das judicium unter ſich aufnehmen, ſo heißt das ebenſoviel, als der Prätor muß, auch auf das Verlangen der wenigeren, das judicium anordnen. Jenes „Können" aber iſt ganz allgemein — nicht etwa als ein nur ausnahmsweiſe eintretendes — anerkannt. Man hat alſo nicht den entfernteſten Grund, in unſerer Stelle eine Hinweiſung auf ſinguläre Ausnahmsfälle zu ſuchen. — Hiermit ſtimmen denn auch die meiſten Interpretatoren unſeres Geſetzes überein, indem ſie in demſelben als eine Rechtsregel ausgedrückt finden: „daß auch unter wenigen von mehreren Miterben richterliche Theilung möglich ſei." [37])

Dieſes, wie ich glaube, beſtimmte Ergebniß der grammatiſchen Auslegung vermögen die oben hervorgehobenen Zweifelsgründe nicht zu entkräften.

Was zunächſt das aus der unvollkommnen Wirkſamkeit einer inter pauciores coheredes vollzogenen Erbtheilung entnommene Bedenken anlangt, ſo kann deßwegen, weil es möglicherweiſe in der Macht eines Dritten ſteht, eine ſolche Theilung zu entkräften, noch nicht geſagt werden, daß ſolche einen von Anfange an wirkungsloſen Akt — den eben deß-

37) Cujacius, Comm. cit. ad h. leg. T. VII. p. 481. „Deinde ait (Ulpianus): haec actio potest reddi inter pauciores heredes, sicut si sint duo heredes ex pluribus, qui hereditatem dividere desiderent, duo agent familiae erciscundae; sicut et actio communi dividundo potest reddi inter pauciores (L. 8. pr. D. comm. div.) et redditur ad dividendum, et pauciores agent de dividenda hereditate; et eo genere solvetur communio inter eos arbitrio judicis: inter eos et ceteros, qui judicio non adfuerunt, manebit communio." — Voët, Comm. ad Pand. h. t. p. 568. pos. 12. — J. H. Boehmer, Introd. in jus Dig. h. t. p. 277. Nr. 3. — Pufendorf, Observ. T. IV. obs. 40. — Hofacker, Princ. jur. L. VI. S. II. §. 3061. p. 386. — Mühlenbruch Lehrb. III. §. 718. Nr. 3. — Heimbach, im Rechtslexikon von Weiske III. p. 591. Nr. 47. — Bangerow, Leitfaden III. p. 386. Hefftter Syſtem §. 109. I. Nr. 61. — Strippelmann, Neue Samml. bemerkensw. Entſch. des Oberappellationsgerichts zu Kaſſel. V. 2. Abth. Abh. XXXVIII. S. 390 f.

halb der Richter nicht vollziehen dürfe — bilde. So wenig, im Falle einer derartigen consensu bewirkten Theilung, wird gesagt werden können, daß dieselbe unter den Theilenden selbst keine Rechte erzeuge, so wenig kann dieser Grund der Möglichkeit der richterlichen Mitwirkung entgegengesetzt werden. Der übergangene Miterbe muß ja nicht nothwendig von seiner Befugniß, mittelst der actio familiae erciscundae eine neue gemeinschaftliche Theilung hervorzurufen, Gebrauch machen; ja er kann in der Lage sein, dieß gar nicht zu können:[38]) wenn nämlich die Anstellung einer Klage gegen die Genossen, die getheilt haben, wegen Verschiedenheit der fora, denen diese unterworfen sind, nicht möglich ist.[39])

Es bleibt daher nur noch das Bedenken übrig, welches oben aus der eigenthümlichen Natur der actio familiae erciscundae entnommen worden ist.

Diese Klage, wie sie durch die XII Tafeln eingeführt worden, war ohne Zweifel auf den, als den gewöhnlichen anzusehenden, Fall berechnet, daß eine vollständige Auflösung der gesammten hinsichtlich einer Erbschaft bestehenden Gemeinschaft unter den Miterben bezweckt wurde.[40]) Diesem Zwecke

38) Diese Befugniß erscheint auch dann ausgeschlossen, wenn die Miterben, welche an der Theilung nicht participiren, darin daß diese unter den übrigen vollzogen werde, im Voraus eingewilligt haben. An einen solchen Fall scheint Wangerow a. a. O. zu denken, wenn er sagt: „— u. s. w. will Ulpian wohl nur sagen, daß nicht nothwendig unter allen Miterben getheilt werden muß, wenn etwa einige noch in der bisherigen Communion zu bleiben beabsichtigen.“ Gewiß mußte jeder Zweifel über die Zulässigkeit der Anordnung des judicium inter pauciores dann schwinden, wenn die übrigen Miterben — etwa vor dem Magistrat selbst — erklärt hatten, daß sie in jene einwilligten, indem dieselben dann auch die Folgen der geschehenen Theilung anerkennen mußten. Allein unser Gesetz enthält in seiner Fassung keinen Anhalt dafür, daß man die Anordnung jenes Judiciums für auf einen solchen Fall beschränkt zu halten hätte. Vergl. auch Note 18 a. E. „καὶ παρὰ γνωμὴν τῶν ἄλλων.“

39) Vergl. §. 5. a. E.

40) L. 1. pr. D. fam. erc. „Haec actio proficiscitur e lege XII.

entſprach es, eine Klage zu gewähren, durch die alle Erbſchaftsſachen unter allen Erben getheilt wurden,[41]) und zu deren wiederholten Anſtellung eben deßhalb kein Grund vorlag.[42]) Allein eine andere, ohne Zweifel erſt im Laufe der Zeit durch das praktiſche Bedürfniß angeregte, und von der Wiſſenſchaft zu beantwortende, Frage war es: ob die Klage nicht auch zur nur theilweiſen Erreichung jenes Zweckes angeſtellt werden könne? Dieß iſt anerkannt in Beziehung auf die Erbſchaftsſachen, indem einzelne derſelben von der Theilung mittelſt der actio fam. erc. ausgeſchloſſen werden konnten, die dann, wenn ſpäter ihre Theilung verlangt wurde, mittelſt des judicium comm. div. getheilt werden mußten.[43]) Warum ſollte nicht auch eine Theilung zugelaſſen werden, die rückſichtlich der Perſonen unvollſtändig war? Möglich, daß über dieſe Frage eine Meinungsverſchiedenheit unter den römiſchen Juriſten, und namentlich zwiſchen Paulus und Ulpian, beſtand. Darauf könnte es wenigſtens gedeutet werden, daß der Erſtere den Satz „das judicium fam. erc. finde nur ein Mal Statt" beſonders ſcharf hinſtellt, während der Letztere eine wiederholte Anſtellung der Klage, freilich nur causa cognita, für zuläſſig erklärt.[44]) Aus einer ſolchen entgegengeſetzten Grund-

---

tabularum; namque coheredibus volentibus a communione discedere, necessarium videbatur, aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur."

41) S. Note 21.

42) S. Note 22.

43) L. 20. §. 4. D. fam. erc. „— quodsi quaedam res indivisae relictae sunt, communi dividundo de his agi potest." — Vergl. l. 13. D. comm. div. — Wenn Glück a. a. O. S. 120. ſagt: „Nur dann kann wegen gemeinſchaftlicher Erbſchaftſachen auch communi dividundo geklagt werden, wenn die Erbſonderungsklage ſchon einmal gebraucht worden iſt, und die Sachen erſt nachher noch zum Vorſcheine gekommen ſind, nachdem die Erbſchaft ſchon getheilt war"— ſo geht eine ſolche Beſchränkung weder aus der angeführten Stelle hervor; noch ſtimmt ſie mit den in Note 45. angeführten Geſetzen überein.

44) S. Note 22.

anſicht würde es ganz conſequent folgen, daß Paulus das judicium fam. erc. inter pauciores für unzuläſſig hielt (wo dann den wenigeren Miterben immer die actio communi dividundo zum Zwecke der Theilung der einzelnen Erbſchaftsſachen unter ſich geblieben wäre),[45]) während Ulpian auf die Statthaftigkeit jenes Judiziums kommen mußte. Die Differenz wäre dann für uns durch Aufnahme der Sentenz des Ulpian in die Juſtinianiſche Sammlung zu Gunſten der milderen Anſicht des letzteren entſchieden. — Allein es erſcheint nicht einmal erforderlich, eine ſolche Meinungsverſchiedenheit anzunehmen. Die Stelle bei Paulus läßt ſogar eine mehrfache Erklärung zu, wonach ſie mit dem von Ulpian aufgeſtellten Satze nicht collidirt. Die nächſtliegende ſcheint mir folgende zu ſein. Wenn ein Erbe mit mehr als Einem Miterben abtheilen wollte, ſo entſtand die Frage, ob der judex familiae erciscundae jedesmal nur unter zwei Miterben — „inter paucos“ — oder ob er durch Eine formula unter allen Miterben zu beſtellen war. Nur dieſe Frage iſt es, die der Juriſt entſcheiden will, und die er in dem zuletzt gedachten Sinne entſcheidet.[46]) Ein anderes Verſtändniß iſt das, daß, wenn bei dem Prätor von der einen Seite die Beſtellung eines judex inter paucos, von der andern die eines judex inter omnes coheredes verlangt werde, dem letzteren Antrage entſprochen werden müſſe. Auf einen Fall, wo ſich der Magiſtrat darüber zu entſcheiden hat, ob er inter paucos oder inter omnes den judex beſtellen ſoll, wo er alſo durch vorliegende Anträge der Parteien auch zu dieſem letzteren in den Stand geſetzt

45) L. 44. pr. D. fam. erc. (Paulus:) „Inter coheredes etiam communi dividundo agi potest, ut res duntaxat, quae eorum communes sint, et causae ex his rebus pendentes in judicium veniant; de caeteris vero in integro sit familiae ercisundae judicium.“ — L. 34. D. pr. soc. (Gajus:) „ Inter eos quoque, quibus hereditario jure communis res est, posse et communi dividundo agi.“ — Donelli, Comm. jur. civ. lib. IX. cap. 11.

46) S. §. 5. S. 221 und fgg.

iſt, weiſt wenigſtens der Gegenſatz „nec inter paucos — sed inter omnes“ hin.

Das Ergebniß der in §. 5. und 6. angeſtellten Unterſuchung iſt kürzlich folgendes: *Eine Theilung unter wenigen von mehreren Communions-Intereſſenten kann auch durch den Richter, und zwar ebenſowohl mittelſt des judicium communi dividundo als mittelſt des judicium familiae erciscundae, bewirkt werden.*

§. 7. Wir haben bis hierher im Allgemeinen die *Möglichkeit* der Anordnung eines judicium zum Zwecke der Theilung unter wenigeren der Communions-Intereſſenten feſtgeſtellt. Es fragt ſich nunmehr noch um die *Vorausſetzungen* derſelben.

Wir unterſcheiden hier — den möglich doppelten Zweck der judicia divisoria im Auge habend — die beiden Fälle:

1) wenn die wenigeren Communions-Intereſſenten den *übereinſtimmenden Willen* haben, daß die Theilung nur unter ihnen vollzogen werde;

2) wenn Einer oder mehrere derſelben eine ſolche Theilung *gegen den Willen* des oder der anderen, mit denen ſie dieſelbe zu vollziehen begehren, durchſetzen wollen.

Für den erſteren Fall liegt kein Grund vor, weßhalb der Prätor die Gewährung des Verlangens der Beſtellung eines Theilungsrichters noch von beſonderen Vorausſetzungen hätte abhängig machen ſollen. Daß im Intereſſe des — *dritten*, nicht zuzuziehenden, Genoſſen die Theilung nicht verweigert zu werden brauchte, folgt daraus, daß deſſen Rechte dadurch gar nicht berührt wurden. Die etwaige Benachtheiligung aber, die die Theilenden ſelbſt durch eine ſolche Theilung erleiden konnten, gab ebenfalls keinen Grund ab, deren eigenem Willen nicht zu entſprechen.[47])

In L. 8. D. comm. div. (10, 3) findet ſich denn auch

47) Heffter, a. a. O. S. 122. Nr. 61. — Sintenis, a. a. O. §. 122. II. Nr. 41. S. 730.

für die Anordnung des judicium comm. div. inter pauciores keine andere Voraussetzung ausgesprochen, als daß diese wenigeren (untereinander) zu theilen wünschen; und ebenso drückt L. 2. §. 4. D. fam. erc. (10, 2) in keiner Weise aus, daß das Recht der pauciores, die Anordnung dieses judicium unter sich zu verlangen, durch besondere Voraussetzungen bedingt wäre.

Soviel dagegen den Fall unter 2. anlangt, so folgt aus der Möglichkeit einer richterlichen Theilung inter pauciores noch nicht ohne Weiteres, daß ein Genosse von dem anderen auch zu einer solchen gezwungen werden könne. Gegen die Statthaftigkeit eines solchen Zwanges lassen sich vielmehr erhebliche Gründe geltend machen.

Bei einer Theilung unter wenigen ist, wie wir oben gesehen haben, Eine Theilungsart, und zwar gerade die, auf welche der Richter zunächst bedacht sein soll,[48]) — die Naturaltheilung einer Sache — überhaupt nicht anwendbar. Daß diese Theilungsart durch den Consens derjenigen, die theilen wollen, ausgeschlossen werde, hat gar kein Bedenken, wohl aber, daß ein Genosse gezwungen werden solle, an einem Verfahren sich zu betheiligen, welches in seinen möglichen Ergebnissen dergestalt beschränkt ist.

Wählt sodann, insbesondere bei der Auseinandersetzung der rücksichtlich einer Erbschaft bestehenden Communion, der Richter diejenige Theilungsart, die hier die nächst liegende ist,[49]) — die Zuweisung einzelner Sachen zu den ideellen Antheilen der Theilenden an je Einen derselben — so entsteht ein Resultat, welches durch den bei der Theilung übergangenen Miterben mittelst der von ihm anzustellenden actio fam. erc. in seinen Wirkungen, auch unter den Theilenden selbst, wieder entkräftet werden kann. Auch hier gibt diese Möglichkeit keinen Grund ab, dem vereinten Willen derjenigen, die theilen wollen, nicht zu entsprechen. Aber es scheint doch

48) §. 5. I. d. ff. jud. L. 1. L. 3. C. comm. div.
49) L. 55. D. fam. erc. — §. 4. I. d. off. jud.

ungerecht, jemanden zu zwingen, daß er ſich in ein Verhältniß einlaſſe, deſſen Rechtsbeſtändigkeit regelmäßig nur von dem guten Willen eines Dritten abhängt.

Wollte man, zur Beſeitigung dieſes Bedenkens, annehmen, daß durch den Widerſpruch desjenigen, dem gegenüber die Theilung inter pauciores verlangt wird, auch die eben erwähnte Theilungsart ausgeſchloſſen werde, ſo würde dadurch das zuerſt erwähnte Bedenken noch verſtärkt werden. Für die Auseinanderſetzung der, hinſichtlich einer Erbſchaft beſtehenden, Gemeinſchaft inter pauciores bliebe dann nur die reine Civiltheilung übrig.

Endlich iſt nicht zu verkennen, daß auch dieſe letztere, wenn ſie inter pauciores Statt findet, leicht weniger vortheilhaft für die Theilenden ausfallen wird, als wenn ſie inter omnes vollzogen würde. Der ideelle Antheil einer Sache wird, wenn er zum Ausgebote kommt, oft gar keinen Käufer oder einen ſolchen doch nur zu einem viel geringeren Preiſe finden, als, bei Veräußerung der Sache im Ganzen, der auf Einen der Genoſſen fallende Antheil am Preiſe betragen würde. Denn es iſt ein jeder eher geneigt, Alleineigenthum zu erwerben, als in eine Gemeinſchaft einzutreten, aus der erſt wieder mittelſt einer Theilung Alleineigenthum hervorgehen kann. Auch hier wiederholt es ſich, daß das, was kein Unrecht iſt, wenn Alle es wollen, zu einem ſolchen demjenigen gegenüber zu werden ſcheint, der eine ſolche Theilung nicht will.

Sehen wir uns, dieſen inneren Gründen gegenüber, nach dem poſitiven Ausſpruche der Geſetze um, ſo muß zugegeben werden, daß auch dieſe die Statthaftigkeit eines Zwanges zur Theilung inter pauciores in beſtimmter Weiſe nicht anerkennen. In L. 8. D. comm. div. (10. 3.) iſt als Vorausſetzung der Anordnung eines ſolchen Judiziums geradezu *der übereinſtimmende Willen* derjenigen, unter denen das Judizium aufgenommen werden ſoll, angeführt; und L. 2. §. 4. D. fam. erc. (10. 2.) läßt wenigſtens nicht erſehen, daß der Juriſt einen anderen Fall

als dieſen — den gewöhnlichen — im Sinne gehabt. Das Geſetz ſpricht nur von einem Rechte, das judicium aufzunehmen, nicht von einem Zwange hierzu. Wo dagegen von dieſem Zwange die Rede iſt, ſcheint ein Fall unterſtellt zu ſein, in dem es ſich um Theilung mit Allen handelt. [50])

Die angeführten Gründe, welche gegen die Zulaſſung eines Zwanges zur Theilung unter wenigeren ſprechen, ſind ſo erheblich, daß man — in Ermangelung einer das Gegentheil ausſprechenden poſitiven Norm — die Statthaftigkeit eines ſolchen Zwanges m. E. geradezu in Abrede ſtellen müßte, wenn man nicht hierdurch dahin käme, zugeben zu müſſen, daß es Fälle habe geben können, wo ein Genoſſe ſein Recht, aus der Gemeinſchaft auszutreten, wegen Mangels eines ihm zu dieſem Zwecke zuſtehenden Rechtsmittels, nicht habe realiſiren können. Dieſe Fälle ſind die bereits oben [51]) erwähnten, wo wegen Verſchiedenheit der fora, denen die einzelnen Genoſſen unterworfen waren, eine richterliche Theilung inter omnes nur durch freiwillige Unterwerfung aller unter Einen Magiſtrat möglich war. In dieſen Fällen hätte ein Genoſſe eine jede Auseinanderſetzung unmöglich machen können, wenn er das Verlangen, inter pauciores zu theilen, durch ſeinen Widerſpruch gegen eine ſolche Theilung zu beſeitigen vermocht hätte.

Dieſer Grund iſt überwiegend. Wenn man den Zweck wollte, mußte man auch das Mittel — einen Zwang zur Theilung inter pauciores — zulaſſen.

Es knüpft ſich aber hieran ganz natürlich die weitere Frage: ob die Möglichkeit eines ſolchen Zwanges auf die hervorgehobenen und ähnliche Fälle einer Unmöglichkeit oder doch großen Schwierigkeit [52]) der inter omnes zu bewirken-

---

50) L. 43. D. fam. erc. „— praesentibus ceteris et invitis.“

51) §. 5. S. 325 und fgg.

52) Eine ſolche bietet, nach gewöhnlicher Anſicht (Sintenis l. c.), die Abweſenheit eines Mitberechtigten dar. Nach älterem römiſchen

den Theilung zu beſchränken, oder ob er für allgemein ſtatthaft zu halten ſei?

Hierbei iſt das alte Verfahren ins Auge zu faſſen.[53]) Wir könnten uns die Sache zunächſt ſo denken, daß der Prätor nur extra ordinem — alſo mittelſt Abweichens von der Regel des Rechts — eine Klage auf Theilung unter wenigen gewährt hätte, wenn die Umſtände der Art waren, daß eben nur mittelſt einer ſolchen der Kläger zu ſeinem Rechte kommen konnte. Dieß würde eine causae cognitio vorausſetzen, wie ſie z. B. dann Statt fand, wenn die actio familiae erciscundae zum zweitenmale angeſtellt wurde.[54]) Von einer ſolchen findet ſich in unſeren Quellen keine Spur; und es iſt überall nicht wahrſcheinlich, daß ſie eingetreten ſei.

Für den Magiſtrat war es, nach der im Eingange dieſer Abhandlung erörterten Natur der Theilungsklagen, an und für ſich einerlei, ob der Antrag auf Beſtellung eines Theilungsrichters von den Genoſſen, die theilen wollten, gemeinſchaftlich, oder ob er von einem Einzelnen derſelben ausging. Er beſtellte in beiden Fällen den judex auf dieſelbe Weiſe, zur Vollziehung der begehrten Theilung, ſo lange nicht durch beſondere Einwendungen von Seiten des einen oder anderen Theils ein Anderes veranlaßt wurde. Nehmen wir alſo an, daß er im Falle, wo beide Theile darum baten, den Theilungsrichter, ohne causae cognitio, auch inter pauciores beſtellte, ſo mußte er auch darin, daß nur Einer hierauf antrug, an und für ſich einen genügenden Grund hierzu finden. Erſt durch den Widerſpruch des anderen Theils erhielt er Veranlaſſung, Zweifel darüber zu hegen, ob denn eine Theilung in dem vorliegenden beſonderen Falle ſo, wie begehrt worden, vollzogen werden könne? Es handelte ſich aber dann für ihn nicht mehr um Zulaſſung der Klage, ſondern um Prüfung der wider dieſelbe vorgebrachten Einwendung.

Rechte war dieß allerdings der Fall (vergl. §. 5. Nt. 15. S. 327); heutzutage aber fällt dieſe Schwierigkeit weg (vergl. §. 8. Note. 62).

53) Vergl. §. 1.

54) L. 20. §. 4. D. fam. erc.

Unter dem Gesichtspunkte der von den Neueren so genannten exceptio plurium litis consortium (über deren Statthaftigkeit nach römischem Rechte viel gestritten ist)[55] läßt sich diese Einwendung nicht auffassen. Zu dieser Einrede würde allerdings dann Veranlassung vorliegen, wenn in dem Prozesse über die Rechte Dritter mit disponirt, wenn also eine gänzliche Trennung der hinsichtlich der Sache bestehenden Communion erzielt werden sollte. Allein ein solches Verlangen erscheint ja schon an und für sich unstatthaft und konnte deßhalb von vorneherein nicht zugelassen werden. Will dagegen der Kläger Nichts, als ein Ergebniß, welches durch sein und des Verklagten alleiniges Zusammenwirken rechtsgiltig erreicht werden kann, und wodurch die Rechte und Pflichten des Dritten nicht berührt werden,[56] so kann auch von jener, aus diesen Rechten und Pflichten herzunehmenden, Einrede keine Rede sein.

Dagegen stellt sich allerdings ein anderer Gesichtspunkt dar, unter welchem der Einwand, von dem wir hier reden, begründet werden zu können scheint: der nämlich, daß der Kläger, indem er nur mit dem Verklagten theilen wolle, während er ebensogut mit allen Genossen theilen könne, dolos handele.

Die judicia divisoria gehören zu den bonae fidei judiciis.[57] Der judex hatte also, auch ohne daß ihm eine deßhalbige Anweisung in der formula geworden, den dolus

---

55) Sie wird verneint von Martin (im Magazin für den gemeinen deutschen bürgerlichen Prozeß I. S. 30 ff.). Mittermaier (im Archiv f. civ. Prax. III. S. 42, 43). Sintenis (Erläuterungen I. S. 76—79). Bayer (Verträge S. 32.) — bejaht dagegen von Gönner (Handbuch, I., 19. §. 16 ff.). Hefftter (System, §. 111. a. E. S. 125.) Schmidt (Handbuch des Civilprozesses, I. S. 148). Linde (Lehrbuch, §. 109. — Betrachtungen über die Lehre von den Parteien im Civilprozesse, in der Zeitschr. für Civilr. und Proz., XV. S. 419 ff.)

56) Sintenis, das prakt. gem. Civilrecht, II. S. 730. Nr. 41. a. E.

57) L. 14. §. 1. L. 4. §. 2. L. 24. pr. D. comm. div. — §. 28. I. d. act. — Savigny, a. a. O. Beil., XIII. S. 484. Note e.

der Parteien bei ſeiner Entſcheidung zu berückſichtigen.[58]) Dieß konnte jedoch zu einer Zurückweiſung des Theilungsverlangens ſelbſt nicht führen. Denn der judex war, wie wir früher geſehen haben, an und für ſich gar nicht dazu da, um über die Statthaftigkeit dieſes Verlangens zu erkennen, und mußte deßhalb durch eine beſondere Anweiſung hierzu in der Formel — durch eine exceptio — zu einer Zurückweiſung der Klage erſt ermächtigt werden.[59])

Es bleibt alſo nur denkbar, daß der Magiſtrat in unſerem Falle dem Verklagten eine exceptio gegeben hätte. Von einer ſolchen finden wir aber keine Spur. Ich glaube auch nicht, daß ſie gegeben wurde, aus dem einfachen Grunde, weil der Verklagte es in der Hand hatte, in jedem Falle, wo die Theilung inter omnes keine Schwierigkeiten hatte, dieſe ſelbſt herbeizuführen; er alſo, wenn er dieß unterließ, nicht ſagen konnte: daß der Kläger ihn durch ſein Handeln in eine nachtheilige Lage bringe. Der Verklagte brauchte nämlich nur von der Befugniß, die Rolle des Klägers zu übernehmen,[60]) in jure Gebrauch zu machen, und ſeinerſeits auch die übrigen Genoſſen zur Theilung zu provoziren. Es kann nicht bezweifelt werden, daß in dieſem Falle ſeinem Verlangen der Vorzug gebührte, und die Beſtellung des Theilungsrichters inter omnes erfolgen mußte.

War dagegen ein judicium divisorium unter allen Genoſſen, entgegenſtehender Hinderniſſe wegen, nicht herbeizuführen, ſo würde ja auch die exceptio doli in dem obigen Sinne nicht begründet geweſen ſein.

Durch dieſen möglichen Ausweg werden denn auch die Härten, die in dem Ergebniſſe der bisherigen Unterſuchung zu liegen ſcheinen, beſeitigt. — Entweder ſind die Wenigen

58) L. 21. D. sol. matr. (24, 3.): „Quum enim doli exceptio insit de dole actioni, ut in caeteris bonae fidei judiciis.“ — L. 84. §. 5. D. d. leg. I. „— quia hoc judicium fidei bonae est et continet in se doli mali exceptionem.“ — Fragm. Vat. §. 94.

59) S. §. 1. S. 200 fg.

60) S. §. 1. S. 203 fg.

einig, nur unter ſich zu theilen; dann liegt kein Grund vor, ihnen die richterliche Mitwirkung hierzu zu verſagen. Oder es will der Eine nicht inter pauciores, ſondern nur inter omnes getheilt haben. Iſt dann das Letztere möglich, ſo kann er es herbeiführen. Unterläßt er dieß, ſo hat er keinen Grund, ſich über die Anordnung des judicium unter Wenigen zu beklagen. Iſt dagegen die Theilung inter omnes unmöglich, ſo ſtellt ſich das judicium inter pauciores als der einzige Weg zur Auseinanderſetzung der Gemeinſchaft dar, und muß deßhalb angeordnet werden können.

Mit dem gewonnenen Reſultate ſtimmen diejenigen der neueren Schriftſteller, welche ſich über die Frage, ob ein Zwang zur Theilung unter wenigern ſtatthaft ſei, überhaupt äußern, inſoweit überein, als ſie die Einrede mehrerer Miterben und Miteigenthümer den Theilungsklagen gegenüber für unſtatthaft erklären.[61])

§. 8. Das Ergebniß der Unterſuchung über die richterliche Theilung, wie es am Schluſſe des vorigen §. zuſammengeſtellt iſt, ſteht zwar im weſentlichen Zuſammenhange mit den Formen des alten römiſchen Prozeſſes, und konnte nur unter Berückſichtigung dieſer letzteren gewonnen werden. Es iſt aber nicht prozeſſualiſcher Natur, ſondern gehört dem materiellen Rechte an. Das Wegfallen jener älteren Prozeßformen konnte daher auf daſſelbe keinen Einfluß üben. Wir müſſen es vielmehr als das zu Juſtinian's Zeiten geltende Recht anſehen, wie es ja auch lediglich durch die Interpretation der im Corpus juris aufgenommenen Ausſprüche der älteren Juriſten gewonnen iſt.

Ebenſowenig ſind die in dem heutigen Verfahren eingetretenen Veränderungen (§. 2. a. E.) von weſentlichem Einfluſſe. Weder der Umſtand, daß dermalen ein Theil der, nach römiſchem Rechte dem Theilungsrichter überwieſe-

61) Pufendorf, l. c. — Geſterding, Ausbeute von Nachforſchungen über verſchiedene Rechtsmaterien, II. S. 372. Note 2. — Linde, in der Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß, XV. S. 381. — Strippelmann, a. a. O.

nen, Geſchäfte als der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehörig angeſehen und behandelt wird; noch der, daß eine ſo dringende Veranlaſſung zur Zulaſſung einer richterlichen Theilung unter wenigeren, wie ſie für die Römer, namentlich im älteren Rechte, begründet war, jetzt viel ſeltener gegeben ſein wird,[62]) gibt einen Grund ab, die dem Civilrechte angehörigen Rechtsſätze, welche, nach der bisherigen Entwickelung, den Inhalt des Juſtinianiſchen Rechts in Betreff unſerer Frage bilden, für dermalen unanwendbar zu halten.

Die Sache wird ſich vielmehr dem heutigen Gerichtsgebrauche zufolge, nach Maßgabe der verſchiedenen möglichen Geſichtspunkte, unter denen unſere Frage zur richterlichen Beurtheilung kommen kann, folgendermaßen geſtalten:

---

62) Wenn man den Gerichtsſtand der belegenen Sache für die Theilungsklagen zuläßt, wird freilich immer ein Gericht vorhanden ſein, bei dem alle Genoſſen gleichzeitig belangt werden können. Hält man jenen Gerichtsſtand dagegen für ausgeſchloſſen (vergl. §. 5. S. 325. Note 8), ſo kann es auch noch nach der heutigen Gerichtsverfaſſung an einem ſolchen Gerichte fehlen. Damit die mehreren Genoſſen bei dem höheren, gemeinſamen Gerichte (dem forum continentiae causarum ex identitate, verklagt werden können, müſſen ſie wenigſtens demſelben Staate angehören; und eine Ausdehnung des ſ. g. Gerichtsſtandes der materiellen Connexität (Linde, Lehrb. §. 94. — Heffter, Syſtem §. 158. — Bayer, a. a. O. S. 132.) dahin, daß ein Genoſſe einem nicht über ihn zuſtändigen Gerichte bloß deßhalb unterworfen würde, weil ein anderer Genoſſe bei dieſem verklagt werden kann oder verklagt worden iſt, läßt ſich, ſelbſt bei der ausgedehnteſten Anwendung, die man dieſem Gerichtsſtande gibt, nicht rechtfertigen. Dagegen fällt der in §. 5. Note 15 erwähnte Fall der Unmöglichkeit einer richterlichen Theilung unter Allen heutzutage allerdings weg. Denn entweder iſt der Aufenthalt des Genoſſen bekannt; dann kann ihm auch die Ladung behändigt, und auf deren Grund in contumaciam gegen ihn prozedirt werden. Oder er iſt, unbekannt wo? abweſend. Alsdann wird ihm ein Curator beſtellt und gegen dieſen die Theilungsklage verhandelt: Berger, Oecon. jur. lib. III. Tit. VI. p. 717. Note 11. — Wernher, obs. for. P. VII. obs. XX u. CCXXXVIII. — Leyser, Medit. CXVII. Sp. III. IV. — Boehmer, l. c. — Hofacker, l. c. — Hellfeld, l. c. §. 728. — Lauterbach, Coll. theor. pract. lib. X. Tit. II. §. 11. — Voët, l. c. — Thibaut, l. c. §. 730. — Glück, l. c. S. 28.

Wenn wenige von mehreren Genossen — einig darüber, nur unter sich zu theilen — mit einem deßhalbigen Antrage sich an den Richter wenden, oder wenn Einer derselben einen solchen Antrag stellt, und die Anderen, darüber vernommen, in die Theilung unter wenigen willigen, so bringt es zwar die mehr administrative und fürsorgende Richtung der Thätigkeit, die dem Richter als Verwalter der freiwilligen Gerichtsbarkeit obliegt, mit sich, daß er darauf hinzuwirken sucht, daß die Theilung unter allen bewirkt werde. Ein Zwangsrecht steht ihm jedoch in dieser Hinsicht nicht zu; er muß vielmehr, wenn gegen die verlangte Theilung kein Widerspruch erfolgt, der eine vorgängige Erledigung der Frage im Rechtswege nöthig macht, dem Verlangen der wenigen, die unter sich theilen wollen, entsprechen.

Erfolgt dagegen ein solcher Widerspruch, so bedarf es einer vorgängigen prozessualischen Verhandlung und Entscheidung der Frage, ob die verlangte Theilung zu geschehen habe. — Eine derartige prozessualische Verhandlung unter wenigen von mehreren Genossen läßt sich in doppelter Weise denken.

1) Es ist möglich, daß der Kläger gar nicht die Absicht hat, mit nur wenigeren der Genossen wirklich zu theilen, sondern, daß er mit allen sich auseinandersetzen will, gleichwohl aber nur gegen Einen oder einige derselben zu klagen Veranlassung hat, weil nur diese sich weigern, die Theilung zu vollziehen. Der Rechtsstreit über die Frage, ob eine Verbindlichkeit zur Theilung bestehe, kann dann nur zwischen jenem und diesen wenigeren der Genossen geführt werden; die anderen können weder gezwungen werden, als Kläger an dem Verfahren Theil zu nehmen, noch liegt ein Grund vor, sie als Verklagte in den Rechtsstreit hineinzuziehen, da es ihnen gegenüber einer Entscheidung der streitigen Frage gar nicht bedarf. Die Verurtheilung, sich die Theilung gefallen zu lassen, trifft es in unserem Falle nur die Widerstrebenden. Die Theilung selbst aber wird hiernächst unter Zuziehung Aller vollzogen.

2) Wenn es dagegen wirklich die Absicht des Klägers

iſt, nur mit den wenigen der Genoſſen zu theilen, die er verklagt hat, ſo muß den Verklagten auch heute noch das Recht eingeräumt werden, von der Duplizität der Klage Gebrauch zu machen und ihrerſeits auf eine Theilung unter allen zu provoziren. Die Form, in der dieß geſchieht, wird ein Antrag auf Adcitation der übrigen Genoſſen ſein. Eine ſolche Adcitation muß in unſerem Falle, da ſie die Stelle der Klagemittheilung vertritt, peremtoriſch geſchehen können, wozu aber Subjektion der zu adcitirenden unter den Gerichtsſtand, bei dem die Sache verhandelt wird, vorausgeſetzt wird. (Vgl. Note 62). Fehlt es an dieſer Vorausſetzung oder ſtehen die Verklagten von der peremtoriſchen Ladung ab, ſo iſt immer noch eine monitoriſche Beiladung möglich. Iſt ſodann entweder eine peremtoriſche Adcitation erfolgt, oder ſind die übrigen Genoſſen, in Folge monitoriſcher Ladung, freiwillig gekommen, ſo erfolgt die Verhandlung unter allen Theilhabern und ein Urtheil, worin ausgeſprochen wird, daß (nach dem Antrage der Verklagten) unter Allen zu theilen ſei, wodurch der Antrag des Klägers auf Theilung unter wenigen ſeine Erledigung findet. Die Vollziehung dieſes Urtheils — inſofern gütliche Auseinanderſetzung nicht eintritt — geſchieht mittelſt richterlicher Theilung unter allen. — Haben es dagegen die Verklagten verſäumt, von jenem ihrem Rechte, die anderen Genoſſen zuzuziehen, Gebrauch zu machen, ſo können ſie durch bloſes Vorſchützen der Einrede mehrerer Miteigenthümer oder Miterben das Theilungsverlangen des Klägers nicht entkräften.[63]) Sie werden vielmehr dem geſtellten Antrage gemäß verurtheilt; und dieſes Urtheil wird demnächſt im Wege der Exekution, mittelſt einer richterlichen Theilung, die nur zwiſchen den Streittheilen Statt findet, vollzogen.

63) Ueber die Unſtatthaftigkeit dieſer Einrede haben ſich ausgeſprochen: das Oberappellationsgericht zu Celle im Jahre 1758 (Pufendorf, l. c.) und das Oberappellationsgericht zu Caſſel im Jahre 1849. (Strippelmann, a. a. O.)